

# O juízo cognitivo de moldura do discurso racional universalista do positivismo jurídico kelseniano como precursor dos discursos da área aberta\*

Carlos Alberto Simões de Tomaz\*\*

*[...] radical no homem é a sua liberdade para se salvar ou para se perder numa responsabilidade de si para consigo [...]*

(Castanheira Neves, in *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 51)

*Não nos esqueçamos, a polémica e o conflito, desde que mediatizados pela palavra e invoquem razões, são ainda formas de diálogo – formas dramáticas de diálogo, é certo, mas onde o encontro se não rompeu e a comunicação ainda é possível [...]*

(Idem, p. 67)

- | -

Refletir sobre o positivismo jurídico pode parecer, para muitos, algo a essa altura desnecessário. Todavia, a compreensão hodierna da experiência jurídica no âmbito das chamadas vias teoréticas da área aberta requer, sob pena de se perder o conhecimento do todo pelo desconhecimento das partes, uma visão da proposta positivista, não apenas ao preconizado objetivo, mas também ao fito de compreender o desenvolvimento daquela experiência em sistemas jurídicos onde, conquanto aos poucos alcem vãos em direção à esfera do pós-positivismo, as práticas jurídicas ainda revelam um forte apelo à compreensão do direito sob o pálio do positivismo jurídico, como é o caso da experiência brasileira.

Neste *paper* o recorte teórico centraliza-se no pensamento de Kelsen buscando-se aportes no pensamento de jus-filósofos brasileiros, que marcadamente adotaram uma visão epistemológica do direito, além de colher a lição do Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Castanheira Neves, que com a preocupação voltada

para questionar o sentido atual da autonomia do direito, não deixou de enfrentá-la inicialmente à luz da proposta positivista, para, ao final, desaguardarmos no pensamento de Aroso Linhares, onde o igualmente professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra mobiliza o entendimento que permite identificar no juízo cognitivo de moldura de Kelsen, uma irradiação convergente em direção aos discursos da área aberta.

Com o registro da experiência acadêmica brasileira que, de regra, tem afastado investigações sobre o pensamento kelseniano para, num giro de trezentos e sessenta graus, colocar a experiência jurídica, de plano, nas proposições pós-positivistas, nossa preocupação se voltou também para não descuidar o aspecto didático, pelo que, para esse fim, a exposição perpassa por exemplos simples do cotidiano das pessoas e especificamente dos juristas práticos com o objetivo de melhor esclarecer aspectos dos temas envolvidos.

Tenha-se presente que nosso objetivo não é – nem poderia aqui neste espaço – fazer um estudo aprofundado da Teoria Pura do Direito, mas apenas enfrentar alguns pontos o quanto necessário ao antes declarado fim, além de fomentar o debate, já que, a teorização, como com precisão lembra Vilanova<sup>1</sup> referindo-se à Teoria do Estado,

*[...] é a reação, em termos de conhecimento, por parte do homem, a uma determinada circunstância política em que o homem se acha implantado. O estar incluso dentro de uma circunstância política provoca dois comportamentos diversos: o querer atuar dentro da circunstância, o comportamento como sujeito prático que elabora e, ao mesmo tempo, padece da circunstância; outro é o comportamento como querer compreender e descrever a realidade política circundante, a conduta como sujeito de conhecimento.*

Imerso por estas duas veredas, o jurista depara-se com a necessidade de melhor conhecer o direito e o caminho não se avulta outro senão o de sua teorização porque hodiernamente, cada vez mais, torna-se impossível separar o jurista prático, que trata o direito como instrumento de trabalho – o advogado, o agente do ministério público, o magistrado, etc. – daquele

\* Este artigo é parte integrante do relatório de pesquisa pós-doutoral desenvolvido pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação do Prof. Doutor José Manoel Aroso Linhares.

\*\* Juiz Federal e Professor em Belo Horizonte. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCeub/DF. Doutor em Direito pela Unisinos/RS.

exclusivamente dedicado às suas questões teóricas, pois estas não se encontram tão mais dissociadas da ordem prática e, não raro, é exatamente pela falta de familiaridade com determinados conceitos abstratos, certas categorias e as matrizes teóricas que viabilizam a mobilização de tais categorias e conceitos, que a compreensão do direito deixa a desejar.

## - II -

A tradicional idéia de reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os juristas. É comum desde o estudante até o magistrado o comportamento de procurar a norma adequada, cuja incidência sobre o fato, permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda ou oferecer resposta. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma (aqui entendida como texto), muito menos confrontar sua existência.

Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o operador do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando o intérprete de se valer de meios para ensinar a compreensão e/ou revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato<sup>2</sup> formam uma ponte para a nova realidade. Nessa linha, Sobota<sup>3</sup> também divisa este fenômeno ao registrar que:

A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...

Por esse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado<sup>4</sup> com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um ordenamento hermético, auto-produtivo e auto-suficiente, altamente sedutor em nome da segurança que ensejaria.

O positivismo jurídico como projeto para a experiência jurídica irrompeu no Estado Liberal de Direito. Com efeito, expungir do direito qualquer fundamento que não seja o próprio direito – significa dizer: escoimar fundamentos éticos voltados sobremodo para perquirir sobre a ressonância social da ordem jurídica (eficácia), o que implica em questionar se o direito é justo, assim como afastar de sua fundamentação a legitimação (fato), ou resumindo: purificar o direito, afastando dele fundamentos morais e políticos, satisfazia plenamente os ideais do Estado Liberal, que se voltava para um direito seguro, que definindo condutas e delimitando precisamente o âmbito de atuação da autoridade, garantisse o exercício da liberdade. O Estado de Direito liberal, erigido sob o influxo da ideologia liberal burguesa, apresentava dois núcleos constitutivos: o primeiro, voltado para proclamar a primazia do indivíduo sujeito de direitos naturais e inalienáveis, inerentes à dignidade da pessoa; e o segundo, decorrente do primeiro, a rigorosa limitação do poder político através de técnicas especiais a fim de garantir o exercício dos direitos individuais. Não foi por outra razão que o Código Prussiano de 1794 (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) continha mais de dezenove mil artigos, numa expressa manifestação de racionalidade, autoconfiança, coroada, segundo faz ver Sobota<sup>5</sup>, com uma proibição geral de interpretação judicial.

Essa busca por segurança revela a posição doutrinária, então prevalente, que possuía como tese central a idéia de reduzir o direito a uma técnica social, negando-lhe caráter científico, onde

[...] as únicas questões que podem ser suscitadas pelo Direito enquanto técnica não ultrapassam o âmbito da sua adequação às exigências e necessidades sociais; o Direito é um instrumento de que o homem se serve para realizar uma finalidade prática. Esvazia-se, assim, o Direito de qualquer outro significado que não seja o de meio para realização de certos fins imediatos, postos pela realidade objetiva concreta. O direito é simplesmente útil; nada mais que isso.<sup>6</sup>

É fato: a experiência jurídica não pode se situar fora de técnica e de método. Por isso, a antiga professora da Faculdade de Direito do Recife prossegue com propriedade registrando que “toda técnica pressupõe uma ciência que lhe corresponde. A técnica médica

só é possível porque existe uma ciência da medicina; a técnica econômica, porque há uma ciência da economia; a técnica jurídica, porque existe uma ciência do Direito. Tire-se o fundamento científico da técnica e do que resulta é pura improvisação, a partir da qual os resultados práticos que se pretende alcançar são ocasionais.”<sup>7</sup>

Não obstante, o progresso das ciências naturais conduzia ao desprestígio do direito como ciência e propiciava o vicejamento da concepção reducionista, que se irradiava exatamente em detrimento do pensamento que se voltasse para converter o direito em objeto a conhecer e não a ser manipulado, ou seja, uma visão científica.

Nessa linha, como registra Machado Neto<sup>8</sup>, movidos pela fidelidade ao pensamento naturalista, autores como Picard<sup>9</sup> e Kirchmann<sup>10</sup> colocavam o direito no mesmo espaço das ciências da natureza, culminando, esse último, por negar completamente sua cientificidade.

E foi exatamente nesse espaço, no final do século XIX, que começaram a aparecer as bases para a compreensão e conhecimento do direito como ciência<sup>11</sup>. O positivismo foi onde o direito primeiramente se amparou para garantir sua cientificidade. Pedrosa coloca esse momento com precisão quando afirma que

“o positivismo, de modo breve, pode ser resumido como decidida reação contra a Filosofia, entendida como Metafísica nos séculos precedentes. O único conhecimento válido é aquele fornecido pelos dados da experiência, seja em termos de natureza física seja em termos de vida social. Como consequência, entenderam os positivistas ser possível e valioso o transplante dos métodos utilizados pelas ciências sociais. O movimento positivista culminou neste século [refere-se a autora ao século XX] com a formação do famoso Círculo de Viena, sob a inspiração do matemático RUDOLF CARNAP.”<sup>12</sup>

O positivismo jurídico “partilhava, como doutrina positivista em geral, da aversão à especulação metafísica e a procura de razões finais. Rejeitou quaisquer tentativas dos juristas para discernir e formular uma concepção do direito que transcendesse das realidades empíricas dos sistemas legais existentes.”<sup>13</sup> Deveras, até o século XIX a tradição jurídica se amparava numa abordagem filosófica do direito como “uma teoria do que seria justo segundo a própria natureza – com visível intenção demolidora – ao que seria justo segundo a convenção dos homens, estabelecendo assim, as bases

de uma justiça imutável e eterna [...] sob a forma de variegadas doutrinas do direito natural...”<sup>14</sup>

A idéia era, portanto, esvaziar o direito de significação moral e depurando de ambigüidades numa construção sistêmica que lhe assegurasse autonomia científica, o que ocorreria a partir da definição de seu objeto. Ao declarado escopo, surgem no século XX as contribuições de Kelsen, Ross e Hart marcadas, todas, por uma visão empírica do direito dissociado da política e da moral.

Importa, de logo, assentar que o positivismo dogmático constitui, como lembra Castanheira Neves, um dos fatores que contribuíram convergente (com outros fatores, entre os quais destaca o mestre português: o modo textual da juridicidade medieval e o seu entendimento da *lex*, o jusracionalismo moderno e a sua sistematicidade axiomática, o contratualismo jusnaturalista revolucionário com o seu legalismo e a sua codificação...) e evolutivamente para a compreensão do *normativismo*.<sup>15</sup> Mas o antigo professor catedrático da Universidade de Coimbra registra que o ponto fulcral da proposição normativista caracteriza-se, sobretudo, na *teoria pura do direito* e no neopositivismo jurídico contemporâneo e nas suas palavras consiste em o direito ser “concebido na autonomia objectiva de um *sistema de normas*, subsistente numa *auto-racional normatividade*, *abstractamente* determinável e prévia à sua realização concreta.”<sup>16</sup>, onde a autonomia do direito afirmar-se-ia “não na específica intencionalidade problemática que o pensamento jurídico vai assumindo ao enfrentar e resolver os problemas que lhe são próprios”, porém, prossegue o catedrático de Coimbra:

[...] a autonomia da sua particular estrutura lógica, da sua coerência conceitual e sistêmica, e enquanto constrói uma racionalidade *a se*, como que fechada sobre si ou submetida fundamentalmente às necessidades lógicas de uma normatividade racionalmente específica que pode revelar-se tão abstraída de qualquer teleologia ou tão alheia às exigências do jurídico-normativo prático, a ponto de culminar numa sistematicidade simplesmente formal que considera fungíveis ou que fica mesmo intencionalmente indiferente aos conteúdos normativos materiais, com a sua problematicidade e historicidade concretas.<sup>17</sup>

Com efeito, em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen<sup>18</sup> considera o ordenamento jurídico estatal como uma estrutura escalonada na qual as normas estariam dispostas de forma hierarquizada de tal sorte que a validade de uma norma de escalonamento inferior repousaria numa outra de escalonamento superior que estabelecesse o modo de sua produção. A partir daí, a cientificidade do direito restaria assegurada

num esquema metodológico onde a criação de direito sempre implica na aplicação de direito e vice-versa.<sup>19</sup> Ao pensar-se, assim, que “o direito existe inteiramente e em si no sistema das normas jurídicas independentemente da sua realização concreta”, alerta Castanheira Neves,

[...] nessa existência pressuposta na idealidade sistemática das normas, nessa sua subsistente abstração, seria o objecto do conhecimento jurídico (objeto da *ciência do direito*, da sua particular determinação hermenêutica e da sua doutrinal e sistemática dogmática.<sup>20</sup>

A decisão judicial, o ato administrativo e os negócios jurídicos se encontram na base da pirâmide que representaria o ordenamento jurídico estatal e se avultam como normas jurídicas de carácter particular que encontrariam fundamento de validade em normas gerais de escalonamento superior até o último fundamento de validade dentro do sistema estatal que seria a constituição.<sup>21</sup> que encontraria, a seu turno, fundamento numa norma pressuposta, significa dizer, uma norma que estabelece o dever de se obedecer à constituição. Nas palavras de Kelsen: “Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjectivo do acto de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.”<sup>22</sup> A norma fundamental (*Grundnorm*) se apresenta para Kelsen como condição lógico-transcendental da possibilidade de atribuição de sentido objetivo<sup>23</sup>, ou seja, como fator de validação jurídica de todos os atos e normas existentes no sistema.

Realmente, a experiência jurídica, para Kelsen, repousa em duas categorias: norma e validade. A juridicidade decorre da atribuição de um sentido objetivo à manifestação de vontade. É esse sentido objetivo que permite se possa distinguir entre a atuação do carrasco ao desferir o golpe mortal e a conduta de um latrocinador que para assegurar o fruto do roubo mata sua vítima. O que torna um ato *jurídico* é algo além do sentido subjetivo que todo ato possui enquanto fenomenologicamente vinculado ao tempo e ao espaço e produto, portanto, de uma manifestação de vontade (*sein*). É, na verdade, a norma como dever-ser (*sollen*) que atribui o

[...] sentido de um acto através do qual a conduta é prescrita ou especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto, importa salientar que a norma, como o sentido específico de um acto intencional dirigido à conduta humana de outrem, é qualquer coisa de diferente do acto de vontade cujo sentido ela constitui.<sup>24</sup>

A norma é tomada, assim, como um *esquema de interpretação*. Como o próprio Kelsen explica:

[...] o juízo em que se enuncia que um acto de conduta humana constitui um acto jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural, apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A norma que empresta ao acto o significado de um acto jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um acto jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. O que faz com que um facto constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade – que não pode ser captada pelos sentidos – somente surge através da operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal<sup>25</sup>.

A validade da norma decorre, em condições que tais, sob três sentidos imbricados. Pelo primeiro, Kelsen identifica a validade com a *existência*:

Se designarmos a existência específica da norma como a sua *vigência*<sup>26</sup>, damos por esta forma expressão à maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos factos naturais – nos é dada ou se nos apresenta<sup>27</sup>.

O segundo sentido, decorrente do primeiro, atribui à validade a significação de *pertinência*. A norma é uma estrutura de sentido, mas esse sentido é perceptível em função do sistema no qual ela se insere. Significa dizer, em outras palavras, a norma pertence a certo ordenamento jurídico. Não existe isoladamente. Isolada do todo de que é parte, reduz-se a uma simples proposição que se distingue das demais pela natureza dos conectivos formais (dever-ser) e por isso somente poderá ser objeto de investigação lógica. Se a norma existe somente dentro de determinado sistema, é nele que se deve buscar o modo de sua produção, ou seja, o fundamento de sua validade. Como já assentamos, para Kelsen o fundamento de validade de uma norma inferior repousa numa norma superior e não em fatos, o que aponta, como com propriedade registra Barzotto<sup>28</sup>, para a conclusão de que Kelsen predica à validade uma relação intranormativa.

Enfim, Kelsen insiste em que validade significa também *obrigatoriedade*. Segundo ele:

As normas do Direito positivo são *válidas*, ou seja, devem ser obedecidas, não porque, como as leis do Direito natural, derivam da natureza, de Deus ou da razão, de um princípio do absolutamente bom, reto ou justo, de um valor absolutamente supremo ou de uma norma fundamental, a qual se



acha, ela própria, investida da pretensão de validade absoluta, mas, simplesmente, porque foram criadas de certo modo ou feitas por certas pessoas. Isso não implica nenhum enunciado categórico quanto ao valor do método de legiferação ou da pessoa que funciona como autoridade jurídica positiva; esse valor é uma pressuposição hipotética.<sup>29</sup>

A qualificação de uma norma como jurídica repousa, enfim, em se saber se esta norma é válida, ou seja, se ela encontra fundamento de validade em norma de escalonamento superior que deve, a seu turno, encontrar fundamento de validade na Constituição, que por sua vez, encontra fundamento de validade na norma fundamental.

Assim, no positivismo kelseniano, a existência não pode ser coisa distinta da validade. O sentido da existência de uma norma é a sua validade, isto é, sua força vinculante de conduta. Essa força ela recebe de outra norma. Nas palavras de Kelsen:

Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo *vale* (é *vigente*), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. Já anteriormente, num outro contexto, explicávamos que a questão do porque é que a norma vale – quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um facto da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal facto. Do facto de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do facto de algo *dever ser* não pode seguir-se que algo *é*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser outra norma.<sup>30</sup>

Kelsen, portanto, se mostra convencido de que fato não gera direito e de que direito não gera fato. Decompondo seu raciocínio poderíamos considerar, por exemplo, um decreto baixado pelo governador do Estado de Pernambuco que prescrevesse que três dias após a sua publicação, para felicidade dos pernambucanos, que é sua missão velar, choverá em todo território do Estado assolado por longa estiagem. Publicado o ato, a pergunta que se avulta é a seguinte: três dias após a publicação choverá em todo Estado de Pernambuco? Decreto é direito. Ele possuiria o condão de gerar o fato? Dificilmente alguém admitirá, considerando que tenha chovido torrencialmente em todo o território do Estado, que foi o decreto que fez chover. Consideremos, contudo, um exemplo mais factível: a norma jurídica que institui um tributo gera fato? Em sala de aula os alunos gritam de imediato que sim: o pagamento! Para a Teoria Pura do Direito, o pagamento não decorre da norma. O que a norma criou foi apenas a *obrigatoriedade* de pagar o tributo, isso porque uma norma superior determinou o

seu conteúdo no momento de sua aplicação, o que faz prescrevendo determinado conteúdo ou vedando ou permitindo. Para o positivismo lógico-metodológico, onticamente, o direito se apresenta com esses conteúdos de onde decorreria o princípio tido por ontológico, que imprimiria, segundo essa visão, tamanha hermeticidade ao sistema, quando *tudo que não é juridicamente proibido, é juridicamente permitido*.<sup>31</sup>

A consideração de outro exemplo nos coloca diante da outra vertente de sustentação da teoria: a mediação entre o *ser* e o *dever-ser* se faz por meio de norma e não de fato. Com efeito, considerando o disposto nos arts. 2º, 6º e 1.784 do novo Código Civil brasileiro, tem-se que personalidade civil começa com o nascimento com vida e termina com a morte, quando se opera a transmissão dos direitos e dos deveres aos sucessores. Contudo, ali se estabeleceu a hipótese de morte presumida. O que faz com que uma pessoa que faticamente não está comprovadamente morta seja para tanto considerada a ponto de se deflagrar a sucessão? A resposta, sob o ponto de vista da perspectiva em estudo: a norma. Então a norma atribui um sentido objetivo a ponto de considerar alguém que pode estar vivo, morto. O que a Teoria Pura do Direito quer dizer é que não é a morte que gera o direito de sucessão, mas uma norma que atribuiu esse sentido objetivo a um acontecimento do mundo dos fatos. Vamos mais além. Sob a validade do Código Civil anterior aos vinte e um anos completos cessava a menoridade e ficava o indivíduo habilitado para todos os atos da vida civil (art. 9º). Hoje, o novo Código Civil prescreve que a menoridade termina aos dezoito anos completos (art. 5º). Então, o que faz o fato de alguém completar vinte e um anos hoje não gerar mais o direito de gerir, ele próprio, sua pessoa e seus bens? A resposta: um sentido objetivo atribuído por uma norma. Completar vinte e um anos tornou-se, sob a ótica em exame, um fato irrelevante para o direito porque desprovido de sentido objetivo, sentido, pois, jurídico. O sentido objetivo (*dever-ser*) dirigiu-se para outro fato: o indivíduo completar dezoito anos. Isso pode acontecer porque o novo Código Civil é uma norma válida, isto é, criada a partir da aplicação de uma norma superior (a Constituição) que criou o órgão legislativo com competência para fazê-lo, ou seja, confere sentido normativo ao ato a ser criado, a partir de uma atribuição de sentido ensejada pela norma fundamental, que se pressupõe, na hipótese, imprimindo logicidade ao sistema.

A pressuposição da norma fundamental que compele todos à obediência à Constituição não se

opera arbitrariamente, alerta Kelsen. Significa dizer que não há possibilidade de escolha quando se interpreta o sentido objetivo de um ato constituinte ou dos atos criados de acordo com a Constituição. A norma fundamental é pressuposta<sup>32</sup> em relação a uma constituição inteiramente determinada, em relação à qual se pode interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo seu sentido objetivo, isto é, normas jurídicas válidas.<sup>33</sup>

Assim, pode-se afirmar que no sistema jurídico brasileiro, não é válida uma sentença (norma jurídica de caráter particular) que condene alguém à pena de morte, porque essa norma não encontra fundamento de validade na Constituição, que deve ser obedecida porque se pressupõe uma norma, não positivada, que lhe serve de fundamento e que não permite a atribuição de sentido objetivo quanto à pena capital. Da mesma forma, não é uma norma negocial (negócios jurídicos particulares) a compra e venda de trezentos gramas de maconha, porque, igualmente, não se pode atribuir a esse fato um sentido objetivo. Na linguagem de Kelsen

[...] somente quando pressuponhamos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjectivo do acto constituinte e dos actos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objectivo, quer dizer, como normas jurídicas objectivamente válidas...<sup>34</sup>

A relação de pertinência assim expressada e inerente à validade afasta, no pensamento kelseniano, qualquer referência a fatos e valores morais<sup>35</sup>. O que distingue o ato do Poder Executivo ao baixar uma medida provisória que aumenta a carga tributária do ato de um assaltante que, com arma em punho, exige a entrega de certa quantia? Em ambas as hipóteses deparamo-nos com um fato carregado de sentido subjetivo, mas, quando submetidos ao *esquema de interpretação* do jurídico (norma) verifica-se que o sistema jurídico predicou sentido objetivo apenas ao segundo. Não havendo norma a validar a manifestação de vontade do assaltante, o fato avulta-se desprovido de sentido objetivo e, portanto, insusceptível de produzir direito. De modo contrário, a manifestação de vontade do chefe do executivo encontra-se validada a partir de uma norma, o que qualifica o ato a produzir direito. Kelsen se encontra convencido, com efeito, de que direito apenas é criado a partir da aplicação de direito. O *dever-ser* se mostra irredutível do *ser*. Nas palavras de Castanheira Neves

[...] ao *prius* da subsistência do direito nas normas do sistema jurídico, e nelas única e totalmente conhecido, seguir-se-ia o *posterius* da sua aplicação [...] sem nenhuma mediação normativo-juridicamente constitutiva – de contrário o direito realizado não existiria totalmente ou não estaria afinal todo já existente e objectivado nas normas do sistema.<sup>36</sup>

Assim, a medida provisória que instituiu um tributo não geraria nenhum fato, senão a *obrigatoriedade* de pagar o tributo. Isso não desloca por completo, na concepção de Kelsen, os fatos do mundo jurídico – e nem poderia! – já que a eficácia é tomada como condição de validade, ou seja, situam-se igualmente no sistema todos os efeitos da norma. A eficácia encontra-se, assim, em estreita conexão com a validade da norma. Diz respeito à sua executividade ou aplicabilidade. De regra, a norma é apta a produzir os efeitos jurídicos determinados. Às vezes, todavia, o legislador condiciona a eficácia ao decurso de certo tempo (*vacatio legis*), à superveniência de um fato ou de outra norma (norma regulamentar). Em casos que tais, a norma existe (é válida na acepção kelseniana), mas não é ainda eficaz.

Kelsen, inteiramente atento à circunstância básica de que para sua teoria o que distingue a norma jurídica de outras normas é a possibilidade de conformação da conduta humana sob coerção<sup>37</sup> (*dever-ser*), já que uma norma “e uma norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção”<sup>38</sup>, não poderia descurar, contudo, que a eficácia se avulta como condição necessária da validade. E assevera que

Cada norma individual perde sua validade quando a ordem jurídica total perde sua eficácia como um todo. A eficácia da ordem jurídica como um todo é condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem. Uma *conditio sine qua non*, mas não uma *conditio per quam*. A eficácia da ordem jurídica total é uma condição, não um fundamento, para a validade de suas normas constituintes. Essas normas são válidas não porque a ordem total é eficaz, mas porque elas são criadas de uma maneira constitucional. Elas são válidas, porém, apenas sob a condição de que a ordem total seja eficaz; elas deixam de ser válidas não apenas quando anuladas de maneira constitucional, mas também quando a ordem total deixa de ser eficaz. Em termos jurídicos não se pode sustentar que os homens devam se conduzir em conformidade com certa norma, se a ordem jurídica total, da qual essa norma é parte integrante perdeu a eficácia.<sup>39</sup>

Assim é que, a perda de eficácia de uma constituição, por um golpe, uma revolução ou pelo

exercício de poder constituinte por uma assembléia, com a instituição de nova constituição e, portanto, nova ordem, implica que as normas infraconstitucionais anteriores perdem a validade a não ser que adquiram novo fundamento de validade, sendo certo que essa convalidação pode se dar de forma expressa ou tácita. Dessa maneira, fica claro que os órgãos competentes somente poderão aplicar a norma se ela recebeu um novo fundamento de validade. Decorre, desde aí, uma eficácia em sentido jurídico vinculada à aplicação da norma pelos órgãos competentes, que se distingue da eficácia em sentido sociológico que sob a pretensão de fazer corresponder a conduta prescrita (*dever-ser*) à conduta efetivamente realizada (*ser*), colocaria a validade da norma em fato e invalidaria a construção kelseniana. Daí porque, sob o prisma da Teoria Pura do Direito, pode-se afirmar que a eficácia, como *possibilidade* de executoriedade da norma, convive com uma correspondência mínima entre o *dever-ser* e o *ser*.

Essa contextura revela que o projeto positivista coloca o elemento normativo no centro da análise da experiência jurídica afastando-o do exame de aspectos fáticos e critérios valorativos. Busca-se uma análise epistemológica do direito com o propósito de deixar a abordagem valorativa ou factual para outros domínios do conhecimento científico exatamente, como vimos, ao escopo declarado de assegurar a autonomia científica do direito, uma autonomia, registra Castanheira Neves:

[...] de uma normatividade constituída e sustentada no sistema auto-referente da sua abstracta racionalidade dogmática. Reconheça-se ter sido ela o resultado de um poderoso e empenhado esforço intelectual alimentado desde a modernidade pelo objectivo cultural e epistemológico último de reconduzir a juridicidade à razão teórica (sistemática-construtivista-dedutiva).<sup>40</sup>

No Brasil, um dos maiores epistemologistas do direito foi, sem dúvida, o professor pernambucano Lourival Vilanova. O conjunto de sua obra revela um íntimo contato com a teoria kelseniana e em sua análise lógico-formal aponta para a circunstância de que

[...] o tratamento científico-dogmático do direito positivo requer técnicas de investigação adequadas ao direito. Tais técnicas, que todo advogado, jurisconsulto ou magistrado emprega, pertencem à Metodologia do direito<sup>41</sup> que, ainda conforme lição do festejado epistemologista, quando repousam nos fundamentos que a lógica formal oferece, conduzem a um maior rendimento teórico-científico e prático-profissional, porque “Distantes da realidade concreta pelo seu nível de abstração,

aparentemente inservíveis para o manuseio prático do direito, o domínio dos problemas lógicos oferta ao jurista destreza, rigor e clareza no trato do direito em função da experiência<sup>42</sup>

A experiência jurídica fica reduzida a encontrar, descobrir na linguagem de Kelsen<sup>43</sup>, a norma jurídica a incidir sobre o fato que permita a extração de certo efeito. O processo decisório judicial revela um silogismo onde as formas lógicas encobrem referências significativas do mundo dos fatos. Sim, porque se há fórmula geral (norma), que permita a subsunção, a consequência é a criação normativa.<sup>44</sup>

A racionalidade normativa, antecipada e logicamente construída, é imposta, anota Castanheira Neves, para quem o jurídico não é, agora,

[...] o mundo de soluções normativas para problema práticos concretos, individualizados na sua problematidade concreto-material e nas suas circunstâncias históricas, que se procuram, todavia, integrar na unidade de uma ordem [E a solução, registra o jus-filósofo português:] [...] não é o resultado a construir através de uma ponderação e elaboração problematizadamente também concreta, mas uma conclusão a obter dedutivo-logicamente do sistema em que aqueles problemas se hão-de reconduzir (subsumir) mediante uma dedução *species a genus*, mediante uma redução sistemático-conceitual que vê nesses problemas tão-só casos particulares de aplicação de um abstrato-geral<sup>45</sup>

A cientificidade do direito restaria, assim, assegurada pelo conhecimento das estruturas lógicas das proposições normativas e das operações que por meio delas ensejam conclusões, ou seja, permitam a extração de efeitos, ou ainda, criem direitos, sem qualquer procedimento crítico reflexivo que permita uma aproximação com o mundo da vida. Aqui, o direito é tratado em nível de meta-linguagem através de juízos apofânticos, retirando-se da abordagem a fundamentação moral e política, e, enfim, a preocupação com a verdade, dito de outra forma: afastando-se os questionamentos acerca dos fundamentos e da finalidade do direito.

Para Vilanova

[...] a lógica jurídica justificar-se-á se encontrarmos formas ou estruturas no discurso ou linguagem normativa (*in specie*, jurídica) próprias do direito. Em outros termos: as formas *apofânticas* não são os únicos tipos de formas, mas as há *deônticas*, umas e outras reciprocamente irreduzíveis.<sup>46</sup>

Mais tarde, explica as formas deônticas acrescentando:

A relação sintática própria da região do normativo e, pois, do normativo-jurídico é a de que estabelece através das expressões verbais, 'ter faculdade (de fazer ou omitir)', 'estar obrigado (a fazer ou omitir)', 'estar proibido (de fazer ou omitir)'. São três modalidades deônticas do verbo dever-ser.<sup>47</sup>

A racionalidade jurídica decorreria, a partir daí, de uma redução operacional aos três modais deônticos (obrigação, proibição e permissão) que seriam guindados à condição ontológica do próprio direito.

O reducionismo decorrente desta vertente preconiza a *lei do quarto excluído* como comando de exclusão do direito, considerando que somente existiriam três modais deônticos. Assim, como as operações da matemática podem ser reduzidas a partir de dez elementos modais (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 0) e nessa ciência vigoraria a *lei do décimo-primeiro excluído*, cada norma jurídica seria moldada a partir de *proibição*, *obrigação* ou *permissão* e apenas por, no mínimo, uma destas três categorias formais. O trabalho do jurista seria, portanto, identificar o conteúdo deôntico das normas no processo de subsunção, o que, segundo a vertente, imprimiria um grau de segurança – diga-se de passagem, altamente sedutor – às operações jurídicas semelhante ao das ciências exatas, advindo, desde aí, uma auto-suficiência metodológica sedutora do ponto de vista lógico-formal. Contudo, já se tem divisado a existência de um modal neutro que estaria presente em alguns tipos de normas como aquelas exclusivamente preceptivas ou instituidoras de conceitos. Porém, como aqui já divisado, nas práticas jurídicas em sistemas da família romano-germânica, como o brasileiro, se há norma e ela se encaixa no fato tal qual a mão à luva, o jurista trabalha com rapidez (o advogado peticiona, o agente do Ministério Público oferece denúncia e o magistrado decide rapidamente). Mas se a luva aperta, significa dizer, se a norma não se ajusta bem ao fato, exigindo do jurista um maior trabalho hermenêutico de compreensão, a situação se complica e o trabalho do jurista prático retarda. Pior ainda é se a luva não é encontrada. É dizer: o jurista não conseguiu divisar a norma a incidir sobre o fato. Aqui, tem-se dito aos quatro cantos: esqueçam o processo! Isso já se avulta suficiente para revelar o quanto o processo decisório judicial necessita ser (re)estudado e erigido sob novas maneiras de compreensão.

Mas a própria Teoria Pura do Direito<sup>48</sup> faz emergir a segurança jurídica na razão inversa da flexibilização do direito considerada inicialmente a partir do problema das lacunas onde os juízes são chamados a decidir mesmo à ausência de norma, o que elevaria em grau

máximo o princípio da hermeticidade do ordenamento jurídico, que adquire roupagem, no sistema jurídico brasileiro, na dicção da norma de fechamento do sistema vazada no art. 126 do Código de Processo Civil:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas gerais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Escapa realmente aos objetivos deste artigo um aprofundamento crítico sobre o positivismo, não obstante, Bernardette Pedrosa consegue objetivamente apontar para dois caminhos onde são oportunas as restrições:

[...] primeiro no que diz respeito à total inadequação do emprego dos métodos das ciências naturais ao estudo da realidade social e das instituições humanas; segundo no tocante à redução de toda a Filosofia, como pretendem os integrantes e seguidores do Círculo de Viena, a uma pura análise lógica do pensamento.<sup>49</sup> [Todavia, a mestra pernambucana está igualmente convencida de que] [...] um mérito, porém, não se pode negar ao positivismo, o de haver contribuído decisivamente para a autonomia das ciências sociais, apontando-lhe o caminho da realidade concreta despojada de implicações ideológicas.<sup>50</sup>

Os delineamentos críticos ao positivo jurídico começam, efetivamente, por esses pontos. Se é verdade que os métodos são vetores de racionalidade para projetar a compreensão – e por isso não se pode negar as contribuições epistemológicas de Kelsen e entre nós Vilanova<sup>51</sup>, entre outros –, também é verdade que a redução da ciência jurídica ao tecnicismo da dogmática sob o véu do monopólio estatal da criação e aplicação normativas está longe de revelar a completude do fenômeno jurídico que não pode se separar de outras dimensões da experiência humana condicionadas por uma série de fatores, dirigida a finalidades e orientadas por valores. Com efeito, a autonomia do direito guiada por aquele norte foi também o seu erro e – por ele se condenou afinal, anota Castanheira Neves. É que, registra o mestre português:

[...] se uma tal autonomia se construía segundo uma normatividade que dogmaticamente acabava por se fechar sobre si própria num sistema formal, o <<direito formal>> segundo M. WEBER, por isso mesmo se alienava de uma realidade social que evoluía e assim se furtava não só aos compromissos políticos, sociais, econômicos, etc., mas sobretudo aos problemas que essa nova realidade lhe exigia [...]<sup>52</sup>



Atento a isso, Nedel salienta com propriedade, que a redução científico-neutral suprimiu – a contrário senso – a autonomia científica do direito, transformando-o tecnicamente em instrumento de dominação política. Nas suas palavras:

A partir dessa instrumentalização técnica, que o transformou numa entidade formal destinada a delimitar burocrático-normativamente os objetivos do poder político, o direito perdeu sua autonomia e, subsistindo neutralmente na redoma dogmático-metafísica de um abstrato sistema fechado, alienou-se das contingências práticas da realidade e separou-se do mundo da vida. O dogmatismo metódico do positivismo jurídico subtraiu do direito a sua verdadeira intenção normativa, impondo uma práxis jurídica em contradição com o sentido histórico do dever-ser jurídico, sentido este que tem o seu fundamento originário, ontológico-normativamente identificado com os princípios éticos da humanidade.<sup>53</sup>

Daí, no dizer de Adeodato<sup>54</sup>, “o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade de novas óticas para a compreensão da realidade jurídica...” A aceitação de novas maneiras de divisar a realidade jurídica encontra dificuldade no tradicionalismo com que o direito é tratado. Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que seus operadores, desde o ensino até a práxis, de regra, não voltam os olhos para uma perspectiva não-dogmática, seja sociológica, seja no campo da filosofia epistemológica do direito, ficando restritos à uma limitação imposta pelo *dado* – o direito estabelecido pela ordem positiva. Esse outro viés “tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica.”<sup>55</sup>

Contudo, o discurso kelseniano, ao enfrentar a questão hermenêutica, deparando-se com a busca por respostas, aponta para a possibilidade de uma resposta que seria obtida entre as várias possíveis que a moldura normativa delineia. Com efeito, no famoso capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, o mestre da escola de Viena registra:

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O acto jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das

duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O direito a aplicar forma em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que – medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito – no acto do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura do quadro que a lei representa – não significa que ele é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.<sup>56</sup>

Vê-se, desde aí, que o juízo cognitivo de moldura apresentado por Kelsen admite que qualquer solução que se quadre dentro dos limites da moldura oferecida pela norma pode ser admitida. Os discursos de área aberta decolam, da mesma maneira, a partir de uma escolha, mas convocam efeitos sociais, políticos e econômicos. A decisão, ao sufragar qualquer desses objetivos, avulta-se como uma decisão possível a ser fixada, por via cognoscitiva, a partir da moldura normativa<sup>57</sup>.

Os chamados *discursos de área aberta*, direcionados a uma superação do paradigma do método jurídico, realçam, com efeito, arenas política, econômica, literária, entre outras. Aqui, a autonomia do direito perde relevância e o direito é tratado como instrumento para satisfação de interesses e fins sociais manejados adequada e estrategicamente num diagnóstico pluralista. Trata-se, na lição de Aroso Linhares, de:

[...] uma reacção que terá multiplicado as propostas de compreensão do direito (e os projectos interpretativos que as especificam), enquanto permite que as práticas-labours dos juristas e das comunidades dos juristas – e as situações institucionais que as estabilizam – sejam disputadas por um espectro sem precedentes de possibilidades (com horizontes intencionais e processos de racionalização inconfundíveis, se não

incomensuráveis)<sup>58</sup>. Uma reacção que condenaria o pensamento jurídico a um diagnóstico (mais ou menos nostálgico) de perda de unidade – concentrado nos sinais-rastos da consumação-superação daquele paradigma – se não o incitasse também – e às diversas instâncias (e patamares reflexivos) que o integram – a participar numa experimentação assumida da pluralidade.<sup>59</sup>

De fato, pensemos, por instantes, no paradigma do funcionalismo sistêmico a partir de Luhmann<sup>60</sup>. O direito é concebido como um sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto. O fechamento operacional do sistema jurídico decorre a partir de uma circularidade recursiva onde os programas e critérios do sistema – entre eles, a norma, mas para além dela, os precedentes, súmulas vinculantes... – vão imprimir, sob o veio condutor da seletividade guiada pelo código *direito/não-direito* ou *legal/ilegal*, o mapa da experiência jurídica<sup>61</sup> com o objetivo de estabilizar e evitar a frustração de expectativas. A decisão é admitida como resultado de uma interpretação onde são consideradas várias hipóteses a partir de uma moldura (critérios e programas do sistema aptos a assegurar sua identificação) de maneira a ensejar a seletividade e a garantir a recursividade e, enfim, a clausura operacional.

Admitamos, ainda, o seguinte exemplo: a antiga proibição legal de abertura de supermercados aos fins de semana culminou com um movimento onde vazavam vozes antagônicas de setores representantes dos empregados e de entidades patronais. A questão foi levada à jurisdição. E a justificação passava, inicialmente, pela seguinte indagação: por que todos os estabelecimentos dos *shoppings centers* abrem aos finais de semana menos os supermercados? Posicionada a decisão no sentido de que os supermercados localizados em *shoppings centers* poderiam abrir aos finais de semana, imediatamente sobreveio a indagação que igualmente desaguou para a estabilização judicial: por que os supermercados não localizados em *shoppings centers* não podem abrir aos finais de semana se a tudo e por tudo são semelhantes àqueles naqueles centros comerciais localizados? A decisão pela abertura foi ao final sufragada. Ambas as decisões realçaram aspectos econômicos, objetivos e fins sociais e o direito serviu para institucionalizar intenções econômicas sob o prisma de aspectos ligados aos custos, benefícios, mobilização de recursos, maximização de riqueza, etc, ou mesmo político-ideológicas. Uma racionalidade dirigida para a otimização de interesses comportada plenamente dentro do funcionalismo social econômico, na versão do pragmatismo de Posner. Contudo, uma e

outra decisão foram tomadas a partir de possibilidades estabelecidas a partir da moldura, ou seja, a partir de

[...] materiais–recursos pluralmente ditos (ou adquiridos (com pretensões de vinculação e modos de vigência distintos) – a repartirem-se entre textos e programas–policies, entre critérios *primários* e modelos operatórios, entre enunciados autoritários e procedimentos canônicos<sup>62</sup> [...],

[...] como expressa Aroso Linhares ao admitir a convergência de postulados que autorizariam divisar nas vertentes teóricas da área aberta um diagnóstico comum ao juízo cognitivo de moldura, invocando, para exprimi-la, a *ajuda insuspeita de Kelsen*, como o mestre de Coimbra registra:

Poderemos assim dizer que as representações da *jurisdictio* justificadas pelos candidatos-interlocutores que acabamos de designar convergem (mais ou menos aproblematicamente) numa concepção-tratamento (se não <<teoria>>) do direito como *moldura* (-Rahmen). Mais do que admitir que o direito (a aplicar, a executar ou a realizar) possa ou deva ser convocado como uma moldura ou como uma fronteira – capaz de delimitar (enquadrar) um território-*Spielraum* (semântica e/ou pragmaticamente relevante)... e este como um *ensemble* de possibilidades de decisão (<<todas elas>>) equivalentes>> (*mehrere Entscheidungen, die alle [...] gleichwertig sind*) –, trata-se com efeito de reconhecer que é na *fixação* (*Feststellung*) desta moldura e (ou) na sua especificação *cognitiva* – uma especificação ainda protegida como interpretação *tout court* ou já inscrita (como etapa apenas *analiticamente* reconhecível) num processo de *concretização-realização* – que se consuma (que se esgota) a tarefa autonomamente jurídica (*inteiramente* jurídica) de determinação do direito e dos seus materiais (*das Ergebnis einer Rechtsinterpretation [...] kann [...] nur die Feststellung des Rahmens sein, den das zu interpretierende Recht darstellt und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind*).<sup>63</sup>

Mas a convocação desta concepção do direito como *moldura* significa partilhar, ao final, um postulado exemplar, anota Aroso Linhares:

[...] a compreensão dos materiais em causa em causa (seja qual for o ponto do aspecto-patamar em que se situe) se afasta da tradição hermenêutica tradicional. O que significa afinal (paradoxalmente!) ferir os materiais-*prius*: ora feri-los... sublinhando, mais ou menos radicalmente, as suas aberturas e indeterminações... mas também rejeitando a auto-suficiência racional dos seus enunciados capitais e da unidade-sistema que os integra (tal como a(s) vemos alimentada(s) pelos *formalismos* normativistas)...<sup>64</sup>

Realmente, se o traço singular convergente é a superação do debatido paradigma metodológico,

é preciso, contudo, termos em mente, como o tinha Hölderlin quando insistia que “Ali onde está perigo, cresce também a salvação” [...]

### - III -

Nessa ordem de ideias, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outros prismas que propiciam a compreensão da ciência jurídica por meio de sensível modificação no positivismo e propõem um rompimento na estrutura científica do direito com a adoção de novos modelos, novos padrões, enfim, a partir de novos paradigmas porque os existentes “deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar”.<sup>65</sup>

É imperioso, todavia, ter-se presente que a experiência jurídica não pode se afastar totalmente da prática dogmática, porém, definitivamente, não pode ser reduzida a ela. Isso Barzotto expressa com bastante precisão:

Os positivistas partiram da ideia de que o direito positivo é um produto acabado, e como tal poderia ser identificado e fundamentado com o auxílio das categorias de validade e norma suprema. A positivação se constitui, ao contrário, em um processo contínuo, que envolve juízos de valor e atos de poder, não se esgotando na atividade do legislador ou do juiz, mas ocorrendo mesmo na práxis do cidadão que utiliza o direito.<sup>66</sup>

É preciso buscar um lugar onde possamos nos colocar para enfrentar o fenômeno jurídico. Nesse sentido, Castanheira Neves primeiramente registra que:

É certo que a prática social tinha naquele sistema normativo autônomo um estatuto que postulava a liberdade (apenas por ele correlativa e negativamente limitada: supremo princípio do individualismo liberal) do mesmo passo que lhe oferecia a universalidade racional e com ela tanto a objectividade das condições com a neutralidade estrutural, a igualdade (decerto abstracta) e a segurança. Mas eram estes valores só valores formais – ainda que se continuem a dizer os únicos aceitáveis por uma sociedade pluralista e democrática. Mais, que uma sociedade que não quisesse limitar-se ao livre jogo liberal teria de considerar insuficientes ou mesmo recusaria.<sup>67</sup>

E depois, já apontando para as bases de seu projeto teórico, o catedrático de Coimbra prossegue afirmando:

[...] tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta por isso só possível, não

necessária) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e o condicionamento histórico-sociais de toda a cultura – não é <<descoberto>> em termos de objectividade essencial pela <<razão teórica>> e no domínio da filosofia especulativa ou teórica, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela <<razão prática>> e imputado à responsabilidade poética dessa mesma razão prática... [nem] é o resultado normativo de uma *voluntas* simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência política e dos compromissos estratégico-sociais. Pois a prática humana histórico-cultural e de comunicativa coexistência (quer a prática ética em geral, quer particularmente a prática jurídica), com a sua tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, refere sempre nessa intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental ou ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época.<sup>68</sup>

Efetivamente, o caminho propugna por ver o direito e a moral como co-originariamente fazendo parte do *ethos*, ou seja, divisar que o direito está nos costumes, na cotidianidade, onde a decisão possível deve ser arquitetonicamente pensada, elaborada, construída, através de uma mediação entre a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade problemática do caso<sup>69</sup> sob o influxo (ou como interlocutor) de uma adequada compreensão guiada pelo sentido de uma *prática cultural civilizacionalmente comprometida*<sup>70</sup>.

<sup>1</sup> VILANOVA, Lourival. *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado*. In: *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi e IBET, 2003, v. 1, p. 99.

<sup>2</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26. Recife: 1983/1984, p. 131.

<sup>3</sup> SOBOTA, Katharina. “Não Mencione a Norma!” In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7, Recife: UFPE, 1995. Separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991. Tradução de João Maurício Adeodato, p. 251.

<sup>4</sup> Ressalta Rocha que “O conceito de sistema que se origina [a partir da concepção kelseniana] é a de um sistema fechado, a partir da idéia de norma jurídica. Depois, surgem posturas diferentes de sistema. Como exemplo, cito um autor que também é muito conhecido, que é Hebert Hart, que vai propor, ao contrário de Kelsen, uma idéia de sistema aberto. Hart fala de sistema aberto por vários motivos, alguns até bem óbvios. Primeiro, é o fato de que existe no Direito uma diferença entre o sistema europeu-continental e o sistema chamado

*common law*. O sistema *common law* dos Estados Unidos, Inglaterra, e alguns países escandinavos, não coloca a legislação como uma fonte principal do Direito, privilegiando os chamados precedentes, decisões judiciais, etc. Enquanto no sistema continental, sempre a fonte do Direito é considerada a lei, ainda hoje, no Brasil, é difícil um jurista que não diga que o Direito tenha que estar conforme a Constituição. Portanto, o sistema continental é tradicionalmente mais fechado, e o sistema do *common law* é naturalmente mais aberto, abrindo-se para as interpretações dos juizes, no momento em que analisam os casos. Tais interpretações geraram padrões de conduta obrigatórios para decisões de outros casos semelhantes, permitindo a criação de precedentes. Por isso, Hart, um inglês, postula a idéia de um sistema aberto do Direito, um sistema que obriga o Direito, ao contrário de Kelsen, a se comunicar com a moral, com a política e com a sociedade. Hart enfrenta o problema que Kelsen tentou evitar, ou seja, de discutir moral e política juntamente com o Direito. Kelsen nunca confundiu a ciência do Direito com a moral e política, por vê-las constituídas por valores relativos. Ele queria uma ciência universal e absoluta, não acreditando numa moral absoluta. Se não há moral absoluta, seu estudo não pode ser científico. Hart aceita o desafio: para ele, o Direito tem contatos com a moral. E se não levamos em consideração a moral, e a justiça, não conseguiremos reconhecer, identificar o que é o Direito. O Direito precisa de regras de reconhecimento que atribuam sentido ao que é Direito. A teoria de Hart ajudou os juizes a perceberem que tinham uma grande autonomia hermenêutica. Porém, na Inglaterra, onde os ingleses sempre tiveram um apego maior à tradição, quando os juizes decidem conforme o poder discricionário, sempre se mantêm dentro de certos padrões, de uma certa moralidade pública. Os juizes americanos, ao contrário, utilizam mais o seu poder. Isso tem causado muitas discussões sobre questões de aborto, de homossexualismo, eutanásia, etc. Estas polêmicas, nos estados Unidos foram assumidas por Ronald Dworkin (opositor de Hart) – que chegou à conclusão de que o sistema não poderia ser tão aberto, devendo ter um relativo fechamento. Foi aí que surgiu a idéia de se recuperar uma antiga idéia da Revolução Francesa, também de Kant e Fichte, que as decisões devem se ligar a princípios, pois os princípios fundamentam sistemas morais e jurídicos. Dworkin aponta que os princípios estão disponíveis, e que os juizes devem se inspirar neles para fazer sua interpretação, se quiserem encontrar uma *resposta certa*. Neste ponto, esta concepção se aproxima do Direito do pós-guerra da Alemanha que entende que os princípios inscritos na Constituição são direitos fundamentais. Essa idéia pretende fechar novamente um pouco o sistema. Dentro desse ponto de vista há uma certa razão nisso: fechar-se o sistema para que as decisões dos juizes tenham um mínimo de coerência. Se for para decidir fora da dogmática dominante, que se decida conforme certos padrões jurídico-constitucionais.” (ROCHA, Leonel Severo. “Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese.” In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 186-188).

<sup>5</sup> Sobota, *op. cit.*, p. 252. Ali, Sobota chama a atenção para o fato de que não obstante toda vinculação normativa, “este código, supostamente perfeito revelou-se um amontoado de regras desajeitado e às vezes ridículo, superado em suas partes principais antes mesmo de ser publicado”. Franz Wieacker pondera, contudo, no sentido de que esta crítica não deve ofuscar os méritos do Código Geral Prussiano (ALR); *inter alia* ele realizou um progresso notável na questão da supremacia da lei e da proteção legal (conforme a própria autora registra em nota de rodapé fazendo menção ao pensamento de Wieacker in: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen, 1967, p. 334).

<sup>6</sup> PEDROSA, Maria Bernardette Neves. “Filosofia e Direito Penal”. Palestra realizada em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da *Revista do Ministério Público de Pernambuco*. Ano 1, nº 02, p. 3-4.

<sup>7</sup> Idem, p. 4-5.

<sup>8</sup> MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 15.

<sup>9</sup> Segundo Picard “o Direito – julgou-se por muito tempo o contrário – é uma *Ciência Natural*, como a Botânica ou a Zoologia, uma ciência de fatos suscetíveis de observação científica e não um conjunto de conceitos cerebrais” (PICARD, Edmond. *O Direito Puro*, p. 217, *apud* Machado Neto, *op. cit.*, p. 15).

<sup>10</sup> Kirchmann se notabilizou entre negadores da cientificidade do direito. Sua famosa conferência proferida em Berlim em 1847 – que chegou até nós inicialmente com o título *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho* (in: SAVIGNY, KIRCHMANN et al. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Lousada, 1949, p. 248-289), hoje sob o título *La Jurisprudencia no es Ciencia*, na edição espanhola publicada pelo Centro de Estudios Constitucionales – é toda voltada para revelar a falta de caráter científico da *jurisprudencia* (conferir a nota seguinte). Com efeito, sob o influxo do naturalismo, Kirchmann está convencido de que o caráter científico repousa numa generalização estabilizada o que fazia, por exemplo, a física ser ciência porque *o sol é o centro do universo, a terra é redonda, 2 + 2 são 4*, e por aí em diante. Mas, em relação ao direito não haveria generalizações estáveis dado o caráter fugidio e mutável de seu objeto, repleto de imperfeições, lacunas, contradições, equívocos, onde se erigiam as acrobáticas controvérsias preferidas pelos juristas. Daí, sua célebre sentença: *Drei berechtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur* (Três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras tornam-se papel de embrulho). Daí a crítica de Machado Neto no sentido de que “a argumentação de Kirchmann fundamentava-se num conceito demasiadamente restrito de ciência. Para ele, como para todo o naturalismo do século XIX, o modelo vitorioso das ciências naturais, alçado à condição de exemplar do conhecimento científico, impedia a menor possibilidade de uma ciência de outro tipo.” (MACHADO NETO, *op. cit.*, p. 53). Na verdade, hoje não se pode conferir o caráter de ciência apenas sob o ponto de vista da generalização estável do objeto. As leis da natureza – e isso Kirchmann não conseguiu perceber – são verdadeiras até que se prove em contrário. Com efeito, *o sol já não é mais o centro do universo!* Alguns séculos antes de Kirchmann *a terra era quadrada*. E a física não deixou de ser física com tais mudanças. Seus cientistas passaram a trabalhar sob novos paradigmas. De mais a mais, posicionado o direito como ciência cultural, decorre, necessariamente, a necessidade de atualização de seu conteúdo para acompanhar o desenvolvimento da humanidade.

<sup>11</sup> “O cientificismo peculiar ao século XIX levou o jurista a um sentimento de inferioridade insuportável diante do progresso das ciências naturais e humana. A todo custo, procurou-se determinar quais eram as condições sob as quais o conhecimento jurídico poderia ser chamado de *científico*. O primeiro a realizar de modo sistemático um estudo dos procedimentos intelectuais empregados pelo jurista na sua atividade de compreender e descrever o Direito foi Friedrich Carl Von Savigny. Com ele altera-se o nome da disciplina dos juristas de *Jurisprudenz* (que remete à *jurisprudencia* romana, um saber prático não-científico) para *Rechtswissenschaft*, literalmente, *Ciência do Direito*. Para Savigny, o saber jurídico é um saber científico, por duas razões: ele é empírico: trata-se de saber como o Direito se faz presente como fato histórico, e não como ideal moral, como no jusnaturalismo; ele é sistemático, isto é, utiliza os procedimentos lógicos para obter um sistema, imprimindo ao Direito: clareza, coerência e completude. No âmbito anglo-saxão, é John Austin (1790 – 1859) quem no século XIX leva o projeto epistemológico positivista à ciência do Direito da *common law*. Esta, como se sabe, é marcada pelo casuismo e pela consideração da *jurisprudencia* dos tribunais como fonte. Diante desta realidade Austin, para assumir o Direito como saber científico estabelece dois procedimentos: considerar como fonte principal do Direito decisiva as leis, enquanto comando do soberano. Com isso ganha-se em termos empíricos: é a vontade, e não a razão (jusnaturalismo), que estabelece o Direito. De outro lado, ele utiliza o método da análise lingüística pra estabelecer o conteúdo dos conceitos jurídicos, recusando qualquer conotação moral para estes.” (BARZOTTO, Luis



Fernando. “Positivismo Jurídico”. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006., p. 644 – 645).

- <sup>12</sup> PEDROSA, *op. cit.*, p. 8.
- <sup>13</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*. Rio: Forense, 1966, p. 112.
- <sup>14</sup> MACHADO NETO, *op. cit.*, p. 14.
- <sup>15</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 23, vide igualmente p. 28-29.
- <sup>16</sup> Idem, p. 23-24.
- <sup>17</sup> Idem, p. 26.
- <sup>18</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, pp. 309 – 310.
- <sup>19</sup> Na dicção de Rocha, “Para Kelsen, para se fazer ciência, é preciso uma postura diferente, é necessária uma redução de complexidade, com a criação de definições e categorias – a principal no Direito sendo a de norma jurídica – que possam ser sistematizadas. Esta concepção kelseniana implica a construção de um sistema fechado para o Direito...” (ROCHA, *op.cit.*, p. 186).
- <sup>20</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 26-27.
- <sup>21</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 324.
- <sup>22</sup> Idem, p. 279.
- <sup>23</sup> Idem, *Ibidem*.
- <sup>24</sup> Idem, p. 22.
- <sup>25</sup> Idem, p. 20.
- <sup>26</sup> Na edição portuguesa da Teoria Pura do Direito de 1979, que estamos utilizando, o termo *vigência* foi usado para traduzir do alemão o étimo *Gültigkeit*. Parece, efetivamente, que a termo *vigência*, sobretudo entre nós, mostra-se insuficiente para exprimir o sentido imprimido por Kelsen, o que se percebe diante dos sentidos por ele empregados para a validade. Para Kelsen, a vigência, como fixação positiva da norma, é condição de validade, como é condição de validade sua eficácia (KELSEN, *op. cit.*, p. 297).
- <sup>27</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 29.
- <sup>28</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 38.
- <sup>29</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 384.
- <sup>30</sup> Kelsen, 1979, p. 267.
- <sup>31</sup> Na roupagem da Constituição brasileira: *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (Art. 5º, II), descortina uma visão positivista de matiz lógico-metodológico da experiência jurídica, em descompasso com a perspectiva pós-positivista que divisa um maior espectro da juridicidade que não pode se limitar à legalidade formal.
- <sup>32</sup> A Teoria Pura do Direito em um único momento considera a norma fundamental (*grundnorm*) como norma posta. Isso em decorrência do monismo kelseniano que propugna pela supremacia do Direito Internacional sobre o direito estatal. Assim, partindo-se do primado da ordem jurídica internacional, alerta Kelsen que de fato há “uma norma que representa o fundamento de vigência [entenda-se validade, vide nossa observação na nota nº 27] das ordens jurídicas estaduais. Por isso, o fundamento de vigência da ordem jurídica estadual pode ser encontrado no Direito internacional positivo. Nesta hipótese, o fundamento de vigência daquela ordem jurídica é uma norma posta, não uma simples norma pressuposta. A norma de Direito internacional que representa este fundamento de vigência é usualmente descrita pela afirmação de que, de acordo com o Direito Internacional geral, um governo que, independentemente de outros governos, exerce o efectivo domínio sobre a população de um determinado país, constitui um governo legítimo, e que o povo que vive nesse país sob um tal governo forma um Estado no sentido do Direito Internacional – e isto sem curar de saber se este governo exerce esse domínio efectivo com base numa Constituição por ele revolucionariamente estabelecida.

Traduzindo esta mesma idéia na linguagem do Direito: uma norma do Direito internacional geral reconhece a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos o poder de, com base na Constituição eficaz, criar e aplicar, como governo legítimo, uma ordem normativa de coerção. Ela legitima assim, para o domínio territorial da sua eficácia real, esta ordem coerciva como ordem jurídica válida, assim como legitima o Estado, no sentido do Direito internacional, a comunidade constituída através desta ordem coerciva – isso sem curar de saber se o governo é legítimo no sentido de uma Constituição anteriormente existente ou se alcançou o poder pela via revolucionária. Esse poder, segundo o Direito internacional, é de considerar como um poder jurídico. Isso significa que o Direito internacional legitima a revolução triunfante como um processo criador de Direito. Se, por esta forma, se reconhece como fundamento de vigência da ordem jurídica estadual uma norma positiva de Direito internacional na sua aplicação à Constituição estadual, sobre cuja base se ergue a ordem jurídica do Estado, então desloca-se o problema da norma fundamental. Com efeito, nesse caso, o fundamento de vigência de uma ordem jurídica estadual não reside numa norma pressuposta mas numa norma jurídico-positivamente estabelecida do Direito internacional; e, então, levanta-se a questão do fundamento de vigência desta norma e, portanto, a questão do fundamento de vigência da ordem jurídica internacional de que é parte integrante a norma sobre a qual se apoia a autoridade da ordem jurídica estadual, a norma que esta ordem jurídica encontra o seu fundamento imediato de vigência, se bem que não o seu fundamento de vigência último. Este fundamento de vigência apenas pode, então, ser a norma fundamental do Direito internacional que, portanto, é o fundamento mediato de vigência da ordem jurídica estadual. Como genuína norma fundamental, não é uma norma posta mas uma norma pressuposta. Ela representa o pressuposto sob o qual o chamado Direito internacional geral, isto é, as normas, globalmente eficazes, que regulam a conduta de todos os Estados entre si, são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados. Estas normas são criadas pela via de um costume que é constituído pela conduta efectiva dos Estados, isto é, pela conduta dos indivíduos que, de acordo com as ordens jurídicas estaduais, funcionam como governos. Se elas são pensadas como normas jurídicas vinculantes para os Estados é porque se pressupõe uma norma fundamental que institui o costume dos Estados como facto produtor de Direito. O seu teor é: os Estados, quer dizer, os governos dos Estados, devem conduzir-se nas suas relações mútuas de harmonia com um dado costume dos Estados, ou: a coacção de um Estado contra outro deve ser exercida sob os pressupostos e pela forma correspondentes a um dado costume dos Estados. É esta a constituição – lógico-jurídica – do Direito internacional.” (KELSEN, 1979, p. 301-302). A norma posta que, na concepção monista serviria de fundamento de validade para a constituição é o *Princípio da Efetividade* que assim pode ser expresso a partir da construção kelseniana: quando, no seio de uma comunidade, que vive em determinado território, o poder é exercido de forma efetiva a ponto de romper com uma ordem jurídica anteriormente estabelecida, esse poder produz direito novo. Então, não teria sido o fato ocorrido em 7 de setembro de 1822 (declaração da independência), que seria o fundamento de validade da Constituição brasileira de 1824, mas a incidência da norma de Direito Internacional vazada no *Princípio da Efetividade* que conduz os Estados a agir de determinada maneira, qual seja, reconhecer um novo direito (o direito brasileiro) em oposição a um direito anteriormente existente (o direito português) em ato unilateral conhecido como *reconhecimento de Estado*. O raciocínio é o mesmo para o *reconhecimento de governo*, como ocorreu, por exemplo, após 15 de novembro de 1889. Contudo, os Estados não se conduziram dessa mesma maneira em relação a um fato ocorrido no Brasil em 1789 – a insurreição mineira – exatamente porque ali não se divisou a incidência da norma de Direito Internacional consubstanciada no *Princípio da Efetividade*. Com efeito, as forças leais a Tirantes não foram suficientes o necessário para romper com a ordem jurídica portuguesa e implantar uma nova ordem apta a criar direito novo. É sob essa compreensão que Kelsen não transfere para os fatos – aqui uma revolução, um golpe de estado ou mesmo uma assembléia

constituinte – a validade do direito. Kelsen efetua, portanto, um corte epistemológico. Com efeito, a pretensão de fundamentar uma proposição por meio de outra preposição lembra Atienza, citando Alexy, torna possível dizer que uma teoria do procedimento como a do discurso racional, oferece uma solução para o chamado *dilema de Münchhausen*. “Nesse caso, a situação que enfrentamos é que, ou nos vemos próximos de um retorno ao infinito, ou então, num determinado momento, é preciso renunciar a fundamentar, e a fundamentação é substituída por uma decisão [interrupção dogmática do processo de fundamentação ao estilo norma fundamental] ou se torna circular: os princípios últimos se fundamentam a partir dos considerados derivados [fórmula adotada por Luhmann para quem a validade do direito se assegura mediante a integração recursiva das operações à rede. É condição de tempo. É presente. “*Cualquier fundamentación normativa de la validez se perdería en un regreso al infinito; o dicho de otro modo: tendría que presuponerse a sí mismo, tendría que presuponer su propio etcétera.*” (LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 166). Num outro momento, Luhmann lembra que “a textualização gera a ilusão da norma ser-em-si-e-por-si (*An-und-für-sich-Si*), mas oculta em sua origem a constituição circular. As normas tornam as decisões possíveis porque as decisões tornam as normas possíveis.” (LUHMANN, Niklas. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito*. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37)]. A saída para o problema consistiria em estabelecer exigências da atividade de fundamentação, isto é, regras da discussão racional, cujo cumprimento garanta que o resultado – a norma particular ou a asserção que se pretende fundamentar – seja racional. Mas o fato de o resultado ser racional [...] não significa que ele seja absolutamente correto.” (ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006, p. 164-165). Se considerarmos a regressão ao infinito, como dividida por Luhmann, entre outros, como uma opção [ineficaz] ao problema da fundamentação das ciências lógico-dedutivas, teremos que admitir que se trata de um *trilema* e não de um *dilema*. É assim que Hans Albert prefere nomear (HANS, Albert. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 24-28). Essa opção, todavia, não tem sido levada em consideração porque não conduz a lugar algum. Redunda, como se diz usualmente, em “por água em saco furado”, numa referência popular ao “tonel das danaides” (*danaidum dolium*) da mitologia grega: as danaides, cinquenta filhas de Dânaos, Rei de Argos, foram condenadas pela morte coletiva de seus maridos. A engenhosa justiça dos deuses condenou-as a encherem um tonel sem fundo por toda eternidade.

<sup>33</sup> Kelsen, 1979, p. 278, *passim*.

<sup>34</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>35</sup> Efetivamente, para Kelsen, a validade do direito não se encontra vinculada a qualquer espécie de juízo de valor; “não significa o reconhecimento de um valor de Justiça que, destarte, não é por forma alguma elevado à categoria de um elemento do conceito de Direito e, por isso, também não pode servir como critério para a distinção entre comunidade jurídica e bando de salteadores, contra o que sucede na teologia de Agostinho. Na sua *Civitas Dei*, onde levanta a questão desta distinção, escreve este autor: << Que são os impérios sem Justiça, senão grandes bandos de salteadores? E são os bandos de salteadores outra coisa senão pequenos impérios?>>. Um Estado, ou para Agostinho, uma comunidade jurídica, não pode existir sem Justiça. Pois << o Direito não pode existir onde não exista a verdadeira Justiça. O que acontece de conformidade com o Direito, acontece de facto justamente; o que é feito de uma maneira injusta, não pode acontecer segundo o Direito>>. O que é, porém, a Justiça? << Justiça é a virtude que dá a cada um o que é seu (*Justitia porro ea virtus est, que sua cuique distribuit*). Em que consiste, pois, a Justiça dos homens que rouba o homem ao verdadeiro Deus e o submete aos demónios impuros? Ou não é injusto aquele que subtrai ao comprador um pedaço de terreno e o dá a quem não tem qualquer direito a ele?

E é porventura justo aquele que se furta a si próprio ao Senhor por quem foi criado e se põe ao serviço de espíritos maléficos?>> Segundo a concepção que está na base deste raciocínio o Direito é uma ordem de coerção justa e distingue-se, assim, através da Justiça do seu conteúdo, da ordem coercitiva de um bando de salteadores. Que a Justiça não pode ser uma característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas resulta do carácter relativo do Juízo de valor segundo o qual uma ordem é justa. Visto Agostinho somente querer considerar como justa uma ordem que atribua a cada um o que é seu e empregar esta fórmula destituída de conteúdo por maneira a fazer valer como justa aquela ordem que reserva ao verdadeiro Deus – que é para ele o Deus judaico-cristão, e não os deuses romanos – o que a ele só a ele pertence, a saber, a correspondente adoração, que adquire a sua expressão no culto, uma ordem que não corresponda a esta exigência não pode ser Direito mas apenas um bando de salteadores. Com isso recusa-se ao Direito romano o carácter jurídico. Se a Justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduz a uma tal consequência não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva. Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O facto, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem jurídica.” (KELSEN, 1979, p. 80-82).

<sup>36</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 27.

<sup>37</sup> Kelsen cogita, contudo, da construção de um conceito de direito que ignore o elemento coerção. Segundo ele “É fato que o legislador pode decretar comandos sem considerar necessário vincular uma sanção criminal ou civil à sua violação. Se tais normas também são chamadas de normas jurídicas, é porque elas foram criadas por uma autoridade que, segundo a constituição, é competente para criar Direito. Elas são Direito porque emanam de uma autoridade criadora de Direito. De acordo com esse conceito, o Direito é qualquer coisa que se tenha efetuado da maneira que a constituição prescreve para a criação de Direito. Esse conceito dinâmico difere do conceito de Direito como ordem coercitiva. Segundo o conceito dinâmico, o Direito é algo criado por certo processo, e tudo o que é criado desse modo é Direito. Ele não contém nenhuma resposta à questão do que é a essência do Direito, de qual é o critério pelo qual o Direito pode ser distinguido de outras normas sociais. Esse conceito dinâmico fornece resposta apenas à questão de se saber se e por que certa norma pertence a um sistema de normas jurídicas válidas, se e porque ela faz parte de certa ordem jurídica. E a resposta é a de que certa norma pertence a certa ordem jurídica se for criada de acordo com um procedimento prescrito pela constituição fundamental dessa ordem jurídica.” (KELSEN, 1992, p. 126-127). Todavia, Kelsen prossegue consciente de que se não está presente conteúdo deontico (obrigação, proibição e permissão), não há espaço para se falar em norma jurídica: “Deve-se notar, porém, que não apenas uma norma, i. e., um comando que regula a conduta humana, pode ser criada da maneira prescrita pela constituição para a criação de Direito. Um estágio importante no processo criador de Direito é o procedimento pelo qual normas gerais são criadas, ou seja, o procedimento legislativo [...] A forma de uma lei – uma declaração votada pelo parlamento, aprovada pelo chefe de Estado, publicada no diário oficial – é escolhida a fim de dar a certa matéria, no caso a expressão de gratidão da nação, o carácter solene. O reconhecimento solene dos méritos de um estadista não é, de modo algum, uma norma, mesmo que surja como conteúdo de um ato legislativo, mesmo que tenha a forma de uma lei. A lei, como produto do procedimento legislativo, um estatuto no sentido formal do termo, é um documento que contém palavras, sentenças; e aquilo que é expresso por essas sentenças não tem de ser necessariamente uma norma. Aliás, várias leis – nesse sentido formal do termo – contêm não apenas normas jurídicas, mas também certos elementos que não possuem qualquer carácter

jurídico, i.e., normativo, específico, tais como visões puramente teóricas a respeito de certos assuntos, as motivações do legislador, ideologias políticas contidas em referências tais como “justiça” ou “a vontade de Deus”, etc., etc. Todos esses são conteúdos juridicamente irrelevantes do processo criador de Direito. O procedimento criador de Direito inclui não apenas o processo legislativo, mas também o procedimento das autoridades jurídicas e administrativas. Mesmo os julgamentos dos tribunais contêm, muitas vezes, elementos juridicamente irrelevantes. Se pelo termo “Direito” quer se exprimir algo pertencente a certa ordem jurídica, então Direito é qualquer coisa que foi criada de acordo com o procedimento descrito pela constituição fundamental dessa ordem. Isso não quer dizer, porém, que tudo o que foi criado de acordo com esse procedimento seja Direito no sentido de norma jurídica.” (Idem, p. 127).

<sup>38</sup> Kelsen, 1992, p. 127.

<sup>39</sup> Idem, p. 123.

<sup>40</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 29.

<sup>41</sup> VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 9.

<sup>42</sup> Idem, p. 10.

<sup>43</sup> Kelsen, 1979, p. 329.

<sup>44</sup> Segundo Kelsen “A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa Continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam o Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como facto produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.” (Kelsen, 1979, p. 349).

<sup>45</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 25, *passim*.

<sup>46</sup> VILANOVA, *op. cit.*, p. 84-85.

<sup>47</sup> Idem, p. 94.

<sup>48</sup> Kelsen, 1979, p. 348.

<sup>49</sup> PEDROSA, 1972, p. 8

<sup>50</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>51</sup> Lourival Vilanova, enquanto trabalhasse em nível de meta-linguagem, no âmbito, portanto, da epistemologia jurídica, estava atento, contudo, para a circunstância de que na construção e na aplicação do direito, a lógica formal se avulta insuficiente: “não se resolve com a lógica o que é extra-lógico: o conteúdo – a referência a fatos do mundo e a valores que procuram realizar-se através de normas. A lógica material que exige SICHES (*Filosofia Del Derecho*, p. 642) vai além da analítica das formas: é a lógica-instrumento com que trabalha o jurista teórico ou prático, cujo objetivo não é fazer lógica, mas relacionar o logos com a concreção existencial, de onde procede e para onde se dirige o direito, como instrumento cultural destinado a estabelecer um tipo de ordenação na vida humana coletiva. Essa atitude retrovertida (a reflexão husserliana) para o logos, pondo entre parênteses metódico a existência mesma dos fatos e dos valores (axiológicos, digamos) não foi nem pode ser a atitude dos juristas com senso da realidade. Foi teorização, excesso racionalista, cujo fundo subjacente o sociólogo sabe descobrir. E descobrir como ideologia que quer se confundir com ciência, falsa competência que Kelsen implacavelmente sempre denunciou.” (VILANOVA, *op. cit.* p. 168-170). Não obstante, é verdade, porém, que noutro ponto, Vilanova assenta sem nenhum receio que “O isolamento é artificial. Na relação do homem com o mundo que o contorna, conhecer é um comportamento operativo, dirigido contextualmente.” (idem., p. 17).

<sup>52</sup> CASTANHEIRA NEVES, *idem*, p. 29.

<sup>53</sup> NEDEL, Antônio Carlos. “A Ilusão Metafísica do Positivismo Jurídico”. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 165.

<sup>54</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. “Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Recife: ESMAFE, jun./1996, p. 277.

<sup>55</sup> Idem, p. 278.

<sup>56</sup> Kelsen, 1979, p. 466-467.

<sup>57</sup> A convocação de fins políticos, sociais ou econômicos à guisa de possibilitar uma decisão, às vezes é condição cognoscível que aparece *expressamente* no próprio texto. Consideremos o seguinte fato: Na vigência do art. 219 (revogado pela Lei 11.106, de 28/03/2005) o Código Penal brasileiro prescrevia: “Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso. Pena – reclusão, de dois a quatro anos.” Quarenta anos atrás, na cidade de Belo Horizonte, certo indivíduo foi denunciado pela prática de referido delito. No dia agendado para a audiência de oitiva das testemunhas, verificou-se que uma delas não se encontrava presente, vindo a juízo a notícia de que se tratava de trabalhador da empresa Mendes Júnior, que estava prestando serviços no Iraque, fato comum em terras mineiras naquele tempo. O agente do Ministério Público requereu a expedição de carta rogatória, o que foi deferido pelo Juízo. Expedida, à carta rogatória foi concedido o *exequatur* pelo órgão judiciário central competente da organização judiciária do Iraque, que determinou o cumprimento pelo juízo igualmente competente. Na audiência, o belohorizontino prestou compromisso. Jurou em nome de Alá falar a verdade. O magistrado procedeu às perguntas que constavam do instrumento e verificou a existência de um elemento normativo no tipo vazado na expressão “mulher honesta”, pelo que não hesitou em perguntar: – A mulher era honesta? Ao que o brasileiro respondeu que sim, apressando-se em despejar as qualidades da vítima. O magistrado imediatamente perguntou: – Ela usava véu? Obviamente a resposta do nosso compatriota foi negativa e com isso colocou a cabeça em risco porque “mulher honesta” no Iraque usa véu... Na perspectiva da racionalidade positivista, o exemplo poderia ser explorado sob o seguinte viés de argumentação: a cientificidade do direito se garante na medida em que ele é escoimado de qualquer investigação moral e política. O purismo apregoado por Kelsen aponta, a partir daí, para que o direito é forma, é estrutura lógica dentro da qual se suporta qualquer conteúdo. No exemplo poderiam se divisar algumas estruturas lógicas do direito como carta rogatória, *exequatur*, compromisso de testemunha, tipicidade e elemento normativo, que vão se encontrar presentes sempre que o direito se manifeste fenomenologicamente e expostas aos mais variados conteúdos. Com efeito, bastaria pensar, por exemplo, que de acordo com o direito brasileiro, a testemunha promete falar a verdade perante o Estado, ou seja, sob pena de cometer crime de falso testemunho, isso porque o Brasil é um Estado aconfessional. Diferentemente, no Iraque, o conteúdo do compromisso de testemunha revela que a testemunha promete falar a verdade em nome de Alá. Por outro lado, um jurista brasileiro pode não saber qual o órgão da organização judiciária do Iraque que concederá o *exequatur* às rogatórias, nem aquele competente para executá-las, mas isso é conteúdo, basta – sob a perspectiva lógico-formal – que conheça e saiba utilizar as estruturas lógicas para dentro delas inserir o conteúdo que se apresente “normatizado” em qualquer Estado, de tal sorte que por esse caminho, um jurista brasileiro, conhecedor das estruturas lógicas, poderia, sem maiores dificuldades, trabalhar no Iraque, onde teria apenas de se inteirar do conteúdo que naquele Estado elas suportam. Não seria por outra razão que o magistrado iraquiano deparando-se com a presença de um elemento normativo do tipo, divisou a necessidade de esclarecer se a vítima era “mulher honesta”, porque se assim não fosse não estaria presente a tipicidade. Sem dúvida, o conhecimento das estruturas lógicas do direito se apresenta de grande valia para os juristas, porém não se constitui o ponto decisivo para se alcançar respostas corretamente justificadas. É preciso se ter presente que

o direito é dinâmico. É vida! Retirar da compreensão do direito os aspectos inerentes à faticidade, à cotidianidade, enfim, à historicidade que lhe imprimem o sentido contextual e, portanto, cultural, para conceber sua experiência exclusivamente atrelada ao conhecimento de sua estrutura lógico-formal, é desconsiderar aquilo que realmente acontece. É na contextualidade que a vida viceja. É preciso realmente encarar a ordem jurídica como um problema de vida, o que implica considerar toda uma gama de significados a ela inerentes de modo a propiciar a exploração das conexões de sentido. Com efeito, o exemplo possui o condão de revelar que os conteúdos normativos variam porque o direito é ciência cultural. Na verdade, não era preciso ir até o Iraque. A compreensão do que seja “mulher honesta” numa situação hermenêutica deflagrada na região amazônica obviamente não poderá ser a mesma considerada numa situação hermenêutica alavancada no Rio de Janeiro, onde a consciência histórico-efetual nos vincula diretamente a outro contexto sócio-econômico-cultural, ou seja, outra será a conexão de sentido que ensinará a escolha de outra decisão afinada com a conexão de um desses efeitos.

<sup>58</sup> Entre as vias de discurso de área aberta pode-se destacar o funcionalismo político, o funcionalismo social (tecnológico e econômico) e o funcionalismo sistêmico, que se agrupam como modalidades do funcionalismo jurídico, onde o “direito deixa de ser um auto-subsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um instrumento – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem”, registra Castanheira Neves, que prossegue precisando o sentido de cada uma dessas vias: “O funcionalismo político ocupa neste contexto um lugar à parte. Não apenas por compreender o direito como um instrumento político, mas por se orientar por uma intenção expressa de politização da juridicidade. A dizer-nos isto que o seu acento é posto sobretudo, e fortemente, nos fins ou objectivos de um Zweckprogramm – que procura decerto <<meios>> adequados, mas que incidirá mais naqueles do nestes. O direito teria só uma geral função política, nem se lhe reconhecem apenas efeitos políticos, pretende-se que assuma um directo e determinante objetivo político, e assim segundo fundamentos e critérios imediatamente políticos. Não estaria excluída de todo uma explicação sociológica. A actual sociedade política organizada num Estado social de direito <<encontra-se numa fase de passagem da sociedade individualístico-liberal à sociedade pluritático-social>> – diz-nos neste sentido WIETHÖLTER –; <<e teríamos então << um sistema de direito emergente e elaborado em função da ‘garantia’ de uma sociedade civil substancialmente apolítica, mas onde se vêem progressivamente desmentidas todas as tradicionais separações – política e economia, Estado e sociedade civil – sobre as quais aquele sistema se fundara>>; pelo que << o jurista político seria a condição necessária>> para a existência desta nova sociedade política de contínua mutação social e politicamente constituenda e isto implicaria a exigência de <<uma teoria política do direito>> – ou seja, a <<politização>> do direito e dos juristas. Mas o decisivo vem de outro lado: de um assumido compromisso ideológico que orienta uma crítica radical à realidade político-social, e ao que se diz a sua cobertura jurídica, numa linha neomarxista com fundamento na utopia, justamente crítico-ideológica, da <<emancipação>>. É assim na <<teoria crítica do direito>> ao assimilar ela o projecto filosófico-social da Escola de Frankfurt e a sua prospectiva dialética holística. É assim no Critical Legal Studies Movement, aliás particular projecção daquela <<teoria crítica>>, ao postular-se a progressive school of legal theory em que the Law and politics could not be separted. É assim ainda no <<uso alternativo do direito>> em que o fundamental das coordenadas anteriores igualmente se convocam, posto que numa directa intenção da realização metodológico-judicial mobilizadora das possibilidades oferecidas nesse sentido pelas indeterminações e aberturas do sistemas vigentes, e em que se haveria de decisoramente <<tomar partido>>. Numa palavra, em que a atitude redutora implícita em todos estes movimentos claramente se afirma: a prática humano-social, e nela a ainda a jurídica, seria exclusivamente prática política. Diferentemente é o funcionalismo social nas suas duas submodalidades, tecnológico

estrito e econômico. Ao compromisso e militância ideológicos substitui a neutralidade tecnológica e ao finalismo programático o consequencialismo social – os seus métodos são menos de transformação estrutural (se não revolucionária) do que estratégicos sob critérios de funcional performance. O funcionalismo social de cariz tecnológico perspectiva o direito e o pensamento jurídico como uma social engineering (expressão e intenção cunhadas, como se sabe, por R. POUND) – estratégico-finalístico no projecto prescritivo, convencionalmente racional nos critérios-regras regulativos e de controlo, decisório na realização concreta e convocando a analítica da <<teoria da decisão>>, transformando institucionalmente a função judicial num sentido também estratégico-tático, etc. E referindo-nos só a este último ponto, diremos, com F. OST, que a função judicial passaria a ser <<essencialmente funcional, teleológica, instrumental, evolutiva e pragmática>>, em que seria <<tida como justa a solução mais adequada ao objetivo proposto pelo planificador social, sendo nesse caso secundária a consideração de valores materiais ou de regras formais>>. Seria este um <<modelo pós-liberal>>, que consagraria o <<declínio da rule of law>>, ou onde the rule interpretative model – modelo de decisão de casos concretos pela aplicação de valores ou regras gerais preestabelecidas e determinadas hermenêuticamente no seu sentido decisivo – se superaria por <<the judicial-power model>> (PH. SELZINIK), aquele em que o juiz seria <<constitutivamente interventor, criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais>>. Nesse sentido se diz que um juge entraîneur se substituirá ao <<juiz árbitro>> do sistema legalista-liberal, e que lhe competirá <<participar na realização de políticas determinadas e assegurar, desse modo, a melhor regulação dos interesses em causa>>. A sua <<nova missão>> imporá ao juiz que actuassee <<para além do campo fechado dos direitos subjectivos determinados pela lei – ele seria responsável pela conservação e pela promoção de interesses finalizados por objectivos socioeconómicos e regulados por sistemas de normas técnicas correspondentes>>, competindo-lhe ser um <<instrumento dinâmico>> e de oportunidade que o afasta do <<aplicador passivo de regras e princípios preestabelecidos>> e o faz colaborar na realização e finalidades sociais e políticas: o seu papel consiste em comparar sistematicamente objectivos alternativos com vista aos seus resultados respectivos e aos valores que lhe estão subjacentes. Já no que se refere ao funcionalismo social económico, tal como o vemos a exprimir-se, por exemplo, em Law and Economics ou através da <<análise económica do direito>> – com o seu entendimento da sociedade e de toda a prática social, mesmo política (recorde-se a teoria da public choice) segundo a estrutura do mercado, com o seu utilitarismo (ainda que utilitarismo repensado e numa pretensa superação crítica de Betham), com o seu postulado do <<homem racional>> (em que a racionalidade é apenas a inteligência dos interesses), com a sua tese behaviorista do comportamento humano-social – o direito, submetido ao princípio da optimização global dos resultados que teria o seu critério na cost-benefit-analysis e não em axiológicas valorações da <<justiça>>, só teria sentido na perspectiva da eficiência económica (da <<maximização da riqueza>>, segundo POSNER e para a realizar, acabando mesmo por reduzir-se a um papel residual na coerência do <<teorema de COASE>> (competindo-lhe apenas diminuir os <<custos de transacção>> e garantir as condições para uma revolução convencional do problema das <<externalidades>>) – embora com possíveis e correctivas intenções também distributivas, segundo alguns (pense-se em CALABRESI). E o que dizer do funcionalismo sistêmico, que, renunciando a uma regulação material da sociedade (seja finalística, seja consequencial), dada a sua complexidade e a pluralidade dos seus pólos auto-organizatórios e autopoieticos, vê no direito só um subsistema social, chamado a uma função apenas integrante e no último termo de absorção de conflitos, segundo PARSONS, ou a fim de definir um mecanismo comunicativo de função selectiva e estabilizadora de expectativas, segundo LUHMANN, numa organização estruturalmente invariante e de intencionalidade auto-referente, segundo um código binário lícito/ilícito, legal/ilegal, que reduziria aquela complexidade em termos de um mero sistematizador da contingência continuamente reconstruído numa circularidade



recursiva? Sem dúvida que teríamos não só uma <<desontologização>> acabada como o abandono radical do axiológico no universo prático, e prático-jurídico, a favor de um cálculo oportunístico da acção em que a liberdade, <<liberdade negativa>> decerto (I. BERLIN), se postulava no princípio, mas se via afinal dominada no resultado.” (CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.* p. 41-47, os destaques em negrito são nossos). Queremos destacar, ainda, no âmbito dos discursos de área aberta, a vertente “Direito e Literatura”, que busca fornecer elementos ao juiz através de certos romances literários ao escopo de ensinar uma sensibilidade diferente para enfrentar as situações, tornando o juiz um “expectador judicioso”, apto à imparcialidade (ver NUSSBAUM, Martha C. *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston: Beacon Press, 1995).

<sup>59</sup> AROSO LINHARES, José Manoel. *Jurisdição, Diferendo e <<Área Aberta>>A caminho de uma <<Teoria>> do Direito como Moldura?*. Separata de ARS IVDICANDI. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 445, nota de rodapé (4).

<sup>60</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47-57 e 109-110.

<sup>61</sup> A generalização das expectativas comportamentais, ao escopo de evitar o desapontamento, pode ocorrer porque as expectativas podem ser seletivamente reduzidas de forma congruente e não apenas pela normatização. Luhmann divisa, com efeito, três formas de redução: “Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. Na dimensão prática essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação dos diversos planos de abstração” (LUHMANN, *op. cit.*, p. 109-110). Vê-se, assim, que a estabilização das expectativas ocorre tanto pela normatização, como a partir de um processo seletivo social, à base de consenso, que segrega quais as expectativas que se dirigem para realização de valores que a sociedade seletivamente elege como básicos, necessários ou essenciais para a manutenção do sistema, gerando, a partir daí, institucionalização, bem como, e isso também é muito importante, porque todos nós, do mais simples dos homens ao mais letrado jurista sabe que “aquilo que não é proibido é permitido” e a partir daí pode conjecturar e fazer expectativas sobre as expectativas do outro. De fato, não é preciso ser jurista para se chegar a esta constatação nas complexidades de ações cotidianas que por isso resultam contingenciadas. A estabilização volta-se para evitar desapontamentos. E, a partir daí, “o sistema vai orientar, canalizar o processamento de desapontamento de expectativas – e isso não só para impor o processamento de expectativas corretas (p.ex. normas jurídicas), mas sim para criar a possibilidade de expectativas contrafáticas, que se antecipem ao desapontamento, ou seja: normativas.” (Idem, p. 67).

<sup>62</sup> A expressão encontra-se aqui tomada, registra AROSO LINHARES, “Com o alcance que BALKIN e LEVISON nos ensinam a reconhecer (*canons as a set of standard texts, approaches, examples that define law or the study of law as a discipline*): <<Legal Canons: an Introduction>>”, in BALKIN/LEVISON (ed.), *Legal Canons*, New York, 2000, p. 3-44., *apud* AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 461).

<sup>63</sup> AROSO LINHARES, *op. cit.*, p. 460-461.

<sup>64</sup> Idem, p. 462.

<sup>65</sup> KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 126.

<sup>66</sup> BARZOTTO, *op. cit.*, 2003, p. 147.

<sup>67</sup> CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 30.

<sup>68</sup> Idem, p. 54-55.

<sup>69</sup> A proposta teórica de CASTANHEIRA NEVES se lastreia por um acervo de livros, artigos, palestras, destacando-se, quanto ao aspecto metodológico. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, Universidade de Coimbra, 1993. Naquilo que recortadamente aludimos, o desdobramento teórico pode ser conferido nesta obra entre as páginas 142-196.

<sup>70</sup> AROSO LINHARES, J. M. *O Homo Humanus do Direito e o projecto inacabado da modernidade*. Texto pendente de publicação, gentilmente cedido pelo autor.

## Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo*. In: Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco. Ano 25/26. Recife: 1983/1984.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Recife: ESMAFE, jun./1996.

AROS LINHARES, José Manoel. *Jurisdição, Diferendo e <<Área Aberta>>A caminho de uma <<Teoria>> do Direito como Moldura?*. Separata de ARS IVDICANDI. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

\_\_\_\_\_. *Positivismo Jurídico*. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito*. Rio: Forense, 1966.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

HANS, Albert. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KIRCHMANN, J. H. Von, *La Jurisprudência no es ciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito*. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.

NEDEL, Antônio Carlos. *A Ilusão Metafísica do Positivismo Jurídico*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

PEDROSA, Maria Bernardette Neves. *Filosofia e Direito Penal*. Palestra realizada em 23 de novembro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Separata da *Revista do Ministério Público de Pernambuco*. Ano 1, nº 2.

PICARD, Edmond. *O Direito Puro*. Campinas: Romana, 2004.

ROCHA, Leonel Severo. *Sistema do Direito e Transdisciplinariedade: de Pontes de Miranda a Autopoiese*. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOBOTA, Katharina. “Não Mencione a Norma!” In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 7, Recife: UFPE, 1995. Separata do *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991.

VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

\_\_\_\_\_. *O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado*. In: *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi e IBET, 2003.